



ORZECZENIE
GŁÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH
O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH

Warszawa, dnia 16 listopada 2017 r.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

Przewodnicząca:	<i>Członek GKO:</i>	Agata Mikołajczyk (<i>spr.</i>)
Członkowie:	<i>Członek GKO:</i>	Dariusz Chmielecki
	<i>Członek GKO:</i>	Katarzyna Ronikier-Dolańska
Protokolant:		Bartosz Głuszko

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych **Pawła Laudańskiego**, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2017 r. odwołania Obwinionego (...) - pełniącego w czasie zarzuconego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Dyrektora Gminnego Centrum Kultury w (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu z dnia 13 marca 2017 r., sygn. akt ZDB-4100-40/2016, którym uznano Obwinionego (...) odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegające na dokonaniu zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez podpisanie w dniu 09.08.2013 r. Aneksu do Umowy nr 11/2013 zawartej pomiędzy Gminnym Centrum Kultury w (...) a (...), na realizację zadania „Przebudowa kąpieliska otwartego wraz z niezbędną infrastrukturą wewnętrzną” w zakresie związanym z wykonaniem robót dodatkowych w postaci posadowienia niecki basenu i wzmocnienia niecki basenu w (...) skutkującym podwyższeniem wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę 381.981,15 zł, co jest niezgodne z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Komisja Orzekająca I instancji wymierzyła Obwinionemu karę nagany oraz obciążyła obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł

orzeka:

na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1311) uchyla orzeczenie Komisji I instancji w całości i przekazuje sprawę do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu.

Pouczenie:

Od niniejszego orzeczenia środek zaskarżenia nie przysługuje.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Opolu (zwana dalej także: RKO) z dnia 13 marca 2017 r., którym RKO uznała Obwinionego – (...) – odpowiedzialnym za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 6 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (zwanej dalej: uondfp), polegające na dokonaniu zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, poprzez podpisanie w dniu 09.08.2013 r. Aneksu do Umowy nr 11/2013 zawartej pomiędzy Gminnym Centrum Kultury w (...) a (...), na realizację zadania „Przebudowa kąpieliska otwartego wraz z niezbędną infrastrukturą wewnętrzną” w zakresie związanym z wykonaniem robót dodatkowych w postaci posadowienia niecki basenu i wzmocnienia niecki basenu w (...) skutkującym podwyższeniem wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę 381.981,15 zł. Zwarcie tego Aneksu zostało uznane przez RKO za niezgodne z art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy „Prawo zamówień publicznych” (zwanej dalej także: pzp albo ustawą Pzp). Na podstawie art. 31 ust. 1 pkt 2 uondfp RKO wymierzyła Obwinionemu karę nagany, a na podstawie art. 167 ust. 1 tej ustawy orzekła zwrot kosztów postępowania na rzecz Skarbu Państwa w wysokości 316,18 zł.

W uzasadnieniu orzeczenia RKO wskazała następujące okoliczności:

We wniosku o ukaranie z dnia 23 grudnia 2016 r. Rzecznik dyscypliny finansów publicznych (dalej: Rzecznik), zarzucił (...), pełniącemu funkcję Dyrektora Gminnego Centrum Kultury w

(...), naruszenie dyscypliny finansów publicznych kwalifikowane z art. 17 ust. 6 uoandfp, polegające na dokonaniu aneksem zawartym w dniu 9 sierpnia 2013 r. zmiany wskazanej umowy nr 11/2013 zawartej w dniu 13 maja 2013 r. na realizację zadania „Przebudowa kąpieliska otwartego wraz z niezbędną infrastrukturą wewnętrzną” – z naruszeniem art. 144 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, którego zawarcie skutkowało podwyższeniem wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 381.981,15 zł. Złożenie wniosku o ukaranie było konsekwencją zawiadomienia złożonego przez Delegaturę CBA we Wrocławiu. Rzecznik we wniosku stwierdził, że w czasie popełnienia czynu stanowił on naruszenie dyscypliny finansów publicznych kwalifikowane z art. 17 ust. 1b pkt 2 uoandfp, co było niezgodne z art. 10 ust. 2 w związku z art. 67 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Rzecznik wniósł ponadto o wymierzenie Obwinionemu kary nagany oraz o obciążenie go obowiązkiem zwrotu kosztów postępowania. W uzasadnieniu wniosku o ukaranie Rzecznik wskazał na wyjaśnienia Obwinionego, złożone w piśmie z 6 lutego 2017 r., skierowanym do RKO, w których (...) wniósł o uniewinnienie od zarzucanego mu czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, polegającego na podpisaniu w dniu 9 sierpnia 2013 r. aneksu do umowy nr 11/2013 r. z dnia 13 maja 2013 r., z uwagi na brak przesłanek do przypisania odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż naruszenie nie miało miejsca. Obwiniony podniósł, że podpisując przedmiotowy aneks działał w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, w brzmieniu obowiązującym od 9 sierpnia 2013 r. do 10 września 2013 r. Natomiast we wniosku o ukaranie postawiono mu zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 pkt 3 Pzp, który w momencie podpisania aneksu nie istniał. W ocenie Obwinionego nie można zarzucić mu naruszenia zasad należytej staranności przy realizacji obowiązków zamawiającego. Przede wszystkim brak jest dowodów na naruszenie przez niego należytej staranności w zakresie prowadzenia zamówienia publicznego w sprawie będącej przedmiotem postępowania. Przeciwnie, podjął wszystkie możliwe działania, aby zrealizować zamówienie należycie, posiłkował się opiniami ekspertów i na ich podstawie podejmował decyzje. Nigdy nie podejmował działań samowolnie, wbrew opiniom specjalistów. Zdaniem Obwinionego, Rzecznik nie wskazał, które z jego działań były dotknięte uchybieniem. Obwiniony podniósł, że dołożył należytej staranności na etapie określania przedmiotu zamówienia oraz na etapie podejmowania decyzji o wykonaniu zamówienia dodatkowego, tym bardziej, że posiłkował się dla pewności dwiema opiniami technicznymi. Obwiniony nie zgodził się z tezą zarzucanego mu niestaranego przygotowania zamówienia publicznego, czego efektem było podpisanie aneksu do umowy pierwotnej. Rzecznik, zdaniem Obwinionego, we wniosku o ukaranie przedstawił nieprawdziwą chronologię zdarzeń. Pominął bowiem fakt, że opinie na

temat posadowienia niecki były dwie. Pierwsza opinia techniczna przygotowana została przez pracownię „(...)” i to na niej bazował projektant, który zaproponował konkretne rozwiązania posadowienia niecki basenu, Dopiero po wyłonieniu wykonawcy i rozpoczęciu robót okazało się, że przyjęte rozwiązania nie są skuteczne. Po rozkruszeniu części niecki teren zaczęła zalewać woda. Dopiero na tym etapie zamówiona została sporządzona przez pana (...) kolejna ekspertyza na podstawie której zostały przyjęte, za zgodą projektanta, inne rozwiązania, co spowodowało konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego. Podniósł także, że: cyt. „Rzecznik we wniosku powołał się na opinię rzeczoznawcy powołanego przez CBA, który napisał, że ekspertyzę oparł na m.in. oględzinach obiektu, co jest mało prawdopodobne, albowiem Obwiniony nie posiada informacji, żeby ktokolwiek, czy z kontrolujących z CBA, czy powołany przez nich rzeczoznawca, był na terenie basenu i oglądał obiekt, a tym bardziej prowadził badania gruntu. W momencie prowadzenia kontroli obiekt już funkcjonował. W ocenie CBA zastosowanie zamówienia z wolnej ręki może budzić uzasadnione wątpliwości - co należy odczytywać, iż nie przesądza jednoznacznie o winie. Powyższe jest oparte jedynie na konkluzji biegłego, według którego „po sprawdzeniu badań, dokumentacji projektowej oraz oględzinach obiektu - zakres robót dodatkowych był możliwy do przewidzenia”. Obwiniony podkreślił, że specjaliści - powołani na etapie wykonywania zadania - wskazali, iż powyższego nie dało się przewidzieć. Istnieją zatem rozbieżności w opiniach specjalistów, które powinny zostać rozstrzygnięte na korzyść Obwinionego. Rzecznik cytował również opinię wspomnianego biegłego, że na podstawie zapisów umieszczonych w pierwszej opinii geologicznej można było wyciągnąć wnioski odpowiednie do zastosowania innego sposobu posadowienia niecki. Taką możliwość miał patrząc z perspektywy czasu (3 lat) projektant - a nie zamawiający, który zlecił badanie gruntu i zaprojektowanie obiektu. Dla zamawiającego, niemającego wykształcenia budowlanego, określenia typu „podłoże terenu badań jest uwarstwione i w pionie nierównomiernie ściśliwe” jest niezrozumiałe, dlatego zlecił profesjonalistom przygotowanie dokumentacji i rozwiązań technicznych. Nie było celowe angażowanie kolejnych specjalistów celem sprawdzenia tych pierwszych. Takie działanie byłoby niezgodne z zasadą racjonalnego wydawania środków publicznych. Obwiniony nie zgodził się z Rzecznikiem, cytującym opinię biegłego powołanego przez CBA, który stwierdził, że „na pewno należało zadać szczegółowe pytania do SIWZ w kwestii posadowienia niecki basenowej na etapie przygotowania ofert”. Oferty złożyło kilku wykonawców i żaden nie zadał pytania o posadowienie niecki, nikt z potencjalnych wykonawców, którzy byli na miejscu inwestycji przed złożeniem ofert, nie zakwestionował przyjętych rozwiązań. Ponadto, takich rozwiązań

nie kwestionowali specjaliści zaangażowani przez Zamawiającego. W ocenie Obwinionego istniały przesłanki zastosowania kwestionowanej procedury, albowiem wystąpiła sytuacja, której Zamawiający nie był w stanie przewidzieć oraz wykonanie zamówienia dodatkowego warunkowało prawidłowe wykonanie zamówienia podstawowego. Zamawiający dopełnił wszelkich starań, żeby dobrze przygotować inwestycję. Powołano w tym celu zespół specjalistów, którzy mieli czuwać nad prawidłowością przeprowadzenia inwestycji: inspektora nadzoru, projektanta, który sprawował nadzór autorski oraz kierownika budowy. Wszystkie te osoby mają odpowiednią wiedzę oraz doświadczenie, poparte stosownymi uprawnieniami. Ponadto, w kwestii przeprowadzenia zamówienia dodatkowego, nie zgłosili zastrzeżeń pracownicy Urzędu Miejskiego odpowiadający za nadzór nad inwestycją i zamówieniami publicznymi. Jako dyrektor Gminnego Centrum Kultury, skierował zapytanie w tej sprawie i prośbę o wydanie opinii prawnej do niezależnej kancelarii prawnej. Obwiniony ponownie podniósł, że „jako dyrektor Gminnego Centrum Kultury nie ma uprawnień budowlanych, ani żadnych podstaw, aby podważać decyzje specjalistów w dziedzinie budownictwa, a tym bardziej geologów, czy geotechników, których zdanie, w tym przypadku, było jednoznaczne i potwierdzone odpowiednimi dokumentami, tj. opinią techniczną pana (...) oraz protokołami konieczności. Istotna była także okoliczność, że zadanie realizowane było w ramach dotacji celowej, a umowa określała, iż zadanie należy wykonać i rozliczyć inwestycję do końca 2013 r., ponadto umowa z wykonawcą przewidywała kary za zerwanie umowy. Gminne Centrum Kultury nie dysponuje takimi środkami własnymi, by móc płacić odszkodowania, czy kary umowne w takich kwotach. Inwestycja i oba zamówienia były analizowane i kontrolowane przez takie instytucje jak Regionalna Izba Obrachunkowa w Opolu oraz Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego i żadna z tych instytucji nie miała uwag, co do przeprowadzenia tych zamówień publicznych w takiej formie. Basen doskonale i bezawaryjnie funkcjonuje, co przemawia za słuszością podjętych decyzji. Przeprowadzenie procedury zamówienia dodatkowego było także rozwiązaniem gwarantującym oszczędność środków publicznych oraz terminowość inwestycji. Odstąpienie od inwestycji powoduje bowiem roszczenia odszkodowawcze, kolejny przetarg powoduje, że wykonawcy przygotowują oferty z uwzględnieniem wiedzy o pierwotnym przetargu, a więc oferty są zwykle droższe. Za wykonane roboty zawsze należne jest wynagrodzenie. Bez wątpliwości sąd zasądziłby wynagrodzenie, a zamawiający zobowiązany byłby pokryć koszty procesu. Przy uwzględnieniu tempa rozpoznawania spraw proces toczyłby się obecnie, a basen nie byłby czynny.”

Regionalna Komisja Orzekająca w dalszej części uzasadnienia podała, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) w pkt. XII ust 1-2 stwierdzała, że „cenę oferty należy podać w formie ryczału, Oferta musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z Projektu budowlanego, jak również w nim nieujęte, a bez których nie można wykonać przedmiotu zamówienia. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w Projekcie budowlanym obciążają wykonawcę zamówienia - musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym zalecane jest od wykonawcy bardzo szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia.”. Natomiast w pkt XIV ust. 4 ustalono, że kryterium ceny będzie jedynym kryterium oceny ofert. W pkt. XVII ust. 2 ppkt 4 postanowiono, że „przewiduje się zmiany postanowień umowy, jeżeli zmiany te będą korzystne dla Zamawiającego lub konieczność wprowadzenia zmian będzie wynikać z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, w szczególności: b) sposobu wykonania przedmiotu umowy, przy czym zmiana ta spowodowana może być okolicznościami zaistniałymi w trakcie realizacji przedmiotu umowy, tj. zmianą dokumentacji projektowej, zaistnieniem warunków faktycznych na terenie budowy, wpływających na zakres lub sposób wykonania przedmiotu umowy, takimi jak warunki archeologiczne, geologiczne, hydrogeologiczne (...), c) zakresu wykonywania robót (...)”. W toku postępowania o udzielenie ww. zamówienia publicznego ofertę złożyli: 1) (...), cena ofertowa brutto I .948.065,69 zł; 2) (...), cena ofertowa brutto 2.047.438,33 zł. Komisja przetargowa wybrała ofertę spółki (...) i Gminne Centrum Kultury, reprezentowane przez dyrektora (...), działającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako kierownik Zamawiającego, zawarło z wymienioną Spółką umowę nr 11/2013 z 13 maja 2013 r. o wykonanie zadania „Przebudowa kąpieliska otwartego wraz z niezbędną infrastrukturą wewnętrzną” za cenę brutto 1.948.065,69 zł, stanowiącą wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy. W umowie zawarto m.in. postanowienia § 2 ust. 5 „wszelkie roboty nieobjęte niniejszym zamówieniem, lecz niezbędne do (...) prawidłowego wykonania przedmiotu umowy, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, będące w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp zamówieniami dodatkowymi, rozliczone zostaną w ramach oddzielnej umowy (umów)”; a także § 19 ust. 3 „na wniosek Wykonawcy, za zgodą Zamawiającego i Projektanta mogą być dokonywane zmiany technologii oraz materiałów wykonania elementów robót. W tym przypadku Wykonawca przedstawi projekt zamiany (...). Projekt taki wymaga akceptacji Projektanta i zatwierdzenia do realizacji przez Zamawiającego. Wprowadzone zmiany muszą być korzystne dla

Zamawiającego (np. skrócenie czasu inwestycji, obniżenie kosztów inwestycji (...)). Dowód: formularz ofertowy wykonawcy, k. 762-763, 701-703; protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, k. 632-639; zawiadomienie (ogłoszenie) o najkorzystniejszej ofercie, k. 623-624; ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, k. 597-598; umowa, k. 584-596. RKO dalej wskazał, że w cyt.: „Opisie technicznym do projektu architektoniczno-budowlanego: Przebudowa kąpieliska otwartego w (...)”, w części 7. "Rozwiązania architektoniczno-budowlane oraz dane konstrukcyjno-materiałowe", 7.2. "Fundamenty" stwierdzono: „7.2.1. Fundamentowanie nowej niecki wykonać po następujących robotach przygotowawczych:

- Rozbicie powierzchni istniejącej nawierzchni betonowej.
- Dokonanie dokładnej oceny podłoża pod tą nawierzchnią (zakłada się punkty co 2,0 m). Jeśli pod nawierzchnią nie występują namuły, to rozbity beton zagęścić i wykorzystać jako podkład pod dalsze warstwy podkładu pod nową nieckę.
- Jeśli występują namuły, to najpierw zebrać i złożyć obok skruszony beton, a potem namuły. Następnie wykonać podkład z ubitej pospółki z domieszką gruzu betonowego do wysokości betonu pod nową niecką. Warstwą, na której możemy wykonywać nowe podkłady pod niecką są minimum IVa i IIIa pyły o stopniu plastyczności 0.50-0.60.

7.2.2. Nową żelbetową nieckę basenu posadawia się na płycie żelbetowej. (...).”

Tożsame zalecenia zamieszczono w „Opisie technicznym do części konstrukcyjnej” projektu.

W „Ekspertyzie technicznej basenu otwartego w miejscowości (...)” (dot. basenu przed przebudową) stwierdzono, że pod płytą denną basenu „jest podkład z pospółki grubości około 25 cm i dalej miękkoplastyczne pyły (mułek). Mogą także występować miękkoplastyczne, prawie półpłynne, namuły gliniaste, dla których nie określono parametrów gruntowych. Stan płyty ocenia się jako zły. Widoczne są spękania elementów oraz klawiszowanie. Dowód: opis techniczny, k. 226-234; opis techniczny, k. 207-209; ekspertyza techniczna, k. 205-206”.

RKO wskazała, że „Przywołane zapisy projektu "Przebudowy kąpieliska otwartego w (...)" były skutkiem ustaleń opisanych w "Dokumentacji badań podłoża gruntowego z opinią geotechniczną dla projektowanej przebudowy i modernizacji kąpieliska otwartego w (...)", sporządzonej przez Zakład Usług Technicznych (...). Autorzy "Dokumentacji" wykonali 6 otworów badawczych. Z przewierczanych gruntów pobrano próby do skrzynek i słoików W

pięciu otworach stwierdzono występowanie wody gruntowej oraz liczne sączenia wód o różnej intensywności dopływu do wyrobisk. Na tarasach rekreacyjnych stwierdzono wsiężki wód gruntowych powodujące zawilgocenie terenu. Ustalono, że podłoże terenu stanowią grunty zróżnicowane pod względem stratygrafii, litologii i parametrów geotechnicznych. W opracowaniu, w ramach wniosków i zaleceń, stwierdzono, że: „(...) 2. Podłoże budowlane terenu badań jest uwarstwione i w pionie nierównomiernie ściśliwe. Konstrukcja projektowanego basenu winna być odporna na nierównomierne osiadanie podłoża. 4. Dla całej powierzchni basenu zagłębionej poniżej powierzchni terenu proponuje się izolację wodoszczelną i antykorozyjną. 5. Wykopy należy bezwzględnie chronić przed wodami gruntowymi o opadowymi oraz przemarzaniem”. Dowód: dokumentacja badań podłoża gruntowego, k. 3-24.

RKO podniosła również, że po podpisaniu umowy nr 11/2013 na wykonanie tego zadania Wykonawca przedstawił Zamawiającemu "Opinię techniczną nt. posadowienia basenu kąpielowego w (...)" z 22 maja 2013 r., sporządzoną przez specjalistę geotechnika (...). Opinia ta została oparta na badaniach (...) oraz na dodatkowych badaniach autora opracowania. W opinii wskazano na występowanie miękkoplastycznej warstwy namułu gliniastego, sięgającej do połowy niecki, w której planowano posadowić nowy basen. Dla zapewnienia stabilności budowanej niecki basenu rodzime podłoże należało wzmocnić i ujednolicić pod względem nośności. Zaproponowano pozostawienie płyty dennej istniejącego basenu, na której posadowiono by nową płytę, przy jednoczesnym wzmocnieniu i ujednoliceniu podłoża poprzez wciśnięcie mikropali. Wymiana słabych gruntów, ze względu na występującą w podłożu wodę oraz ich dużą miąższość byłaby technicznie bardzo trudna i kosztowna. W badaniach stwierdzono, że namuły wyklinowują się również w część podłoża, na której miały być posadowione: zbiornik przelewowy oraz zbiornik odstożnikowy popłuczyn. Zaproponowano wykonanie takiego samego wzmocnienia jak w niecce basenu. Zaproponowane rozwiązania można było wykonać siłami własnymi firmy adaptującej basen lub jedynie przy niewielkim wsparciu innej specjalistycznej firmy. W opinii nadmieniono, że w trakcie przystępowania do prac związanych z przebudową basenu, tak Inwestor - jak i Wykonawca - nie mogli przewidzieć potrzeby wykonania specjalnego wzmocnienia podłoża ze względu na trudności z jego dokładnym rozpoznaniem. Dopiero w trakcie pierwszych prac przy rozbiórce niecki zwrócono uwagę na nierównomierne osiadanie płyt dennych oraz wodę wypływającą po opadach z ich połączeń. W trakcie dodatkowych badań geotechnicznych stwierdzono występowanie w części podłoża namułów w formie klina, jak również duży

napływ wody gruntowej, która w wydatny sposób utrudniłaby wykonywanie wykopów. Dowód: opinia techniczna, k. 582-583. Opinia mgr. inż. (...) stała się podstawą do sporządzenia protokołu konieczności nr 1 z 29 maja 2013 r., w którym stwierdzono "brak możliwości wykonania posadowienia obiektu w oparciu o rozwiązanie techniczne przewidziane w pierwotnym projekcie budowlano-wykonawczym.". W protokole zapisano również, że należy staraniem Wykonawcy robót opracować dokumentację zamienną dotyczącą posadowienia obiektu oraz, że w dokumentacji lub w części kosztorysowej nie została określona ilość gruntu do wymiany, ani też technologia przeprowadzenia tych prac. W oparciu o zleczone przez Wykonawcę szczegółowe badania geologiczne, stwierdzono występowanie gruntów nośnych dopiero na poziomie ok. 4 m poniżej poziomu obecnego dna basenu. Wymiana gruntu na taką głębokość okazała się bardzo trudna technicznie do wykonania przy napływającej wodzie gruntowej i podskórnej. Równocześnie koszt wymiany gruntu na taką głębokość jest niewspółmiernie wysoki w stosunku do całej wartości inwestycji. Wykonawca zaproponował fundamentowanie dna zbiornika w oparciu o system pali stalowych, analogicznie - również dla posadowienia zbiornika przelewowego i odstojnika. Protokół konieczności sporządziła komisja w składzie: inspektor nadzoru inwestorskiego, autor projektu i kierownik budowy. Protokół konieczności podpisał (zatwierdził) Pan (...). Dowód: protokół konieczności nr 1, k. 580-581. Pan (...) sporządził na zlecenie spółki (...) "Projekt wykonawczy wzmocnienia podłoża niecki basenu kąpielowego w (...)", przewidujący wykorzystanie mikropali. Przygotowano również "Rozwiązania zamienne dotyczące: posadowienia niecki basenowej i wzmocnienia gruntu pod niecką, oraz wewnętrznej sieci drenażowej dla przebudowy kąpieliska w (...)". Dowód: projekt rozwiązań zamiennych, k. 558-572, projekt wykonawczy, k. 573-577. Nawiązując do protokołu konieczności nr 1 w dniu 6 sierpnia 2013 r. sporządzono protokół konieczności nr 2, w którym ustalono, że wartość robót dodatkowych związanych z projektem zamiennym posadowienia obiektu wynosi 383.603,64 zł brutto. Zmiana technologii wykonania robót fundamentowych spowodowała zmniejszenie wartości robót wycenianych wg pierwotnych założeń o kwotę 85.957 zł. Ze względu na konieczność wykonania robót wykończeniowych pominiętych w wycenie pierwotnej i zmniejszenie wartości robót sanitarnych, bilans wyliczeń wyniósł 381.981, 15 zł brutto. Ten Protokół konieczności sporządziła komisja w składzie: inspektor nadzoru inwestorskiego, autor projektu i kierownik budowy, a podpisał (zatwierdził) również (...). Dowód: protokół konieczności nr 2, k. 531-532. Zamawiający sporządził 6 sierpnia 2013 r. „Zaproszenie do udziału w negocjacji” skierowane do wykonawcy – spółki (...), dotyczący tego zadania. Zamawiający wskazał, że postępowanie

będzie prowadzone w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, trybie zamówienia z wolnej ręki. Wykonawca złożył formularz ofertowy na cenę 383.603,64 zł brutto. W toku negocjacji (8 sierpnia 2013 r.) ustalono cenę 381 .981,15 zł brutto. Aneks do umowy nr 11/2013 przewidujący zmianę wynagrodzenia do kwoty 2.330.046,84 zł, zawarty został w dniu 9 sierpnia 2013 r. przez Zamawiającego reprezentowanego przez (...)z wykonawcą spółką (...). Dowód: zaproszenie, k. 527-530; formularz ofertowy, k. 514-515; protokół negocjacji, k. 513; protokół postępowania, k. 494-498; aneks do umowy, k. 511-512.

RKO wskazała ponadto, że w toku postępowania prowadzonego przez Centralne Biuro Antykorupcyjne ustanowiono biegłego w osobie Pana (...), który sporządził w czerwcu 2015 r. "Opinię techniczną dotyczącą zamówienia publicznego na przebudowę istniejącego kąpieliska otwartego w mieście (...)". W ocenie biegłego, badania geotechniczne przeprowadzone na etapie przygotowania zamówienia publicznego pozwalały wywnioskować, że basen należy posadzić na fundamentach pośrednich. Zalecenia projektanta, dotyczące posadowienia basenu zostały sformułowane wariantowo, podczas gdy dokumentacja projektowa zamówienia publicznego powinna być wykonana bezwarunkowo. Kwestia poprawnego wyliczenia kosztu wymiany gruntu pod basenem była problemem i ryzykiem oferenta. Dokumentacja projektowa i badania geotechniczne gruntu były dostępne i można się było z nimi zapoznać. Można też było zadawać pytania dot. siwz. We wnioskach końcowych, biegły stwierdził, że: „1. Analizując zapisy siwz nie można mówić o robotach dodatkowych. Wszelkie roboty nieujęte w dokumentacji projektowo-kosztorysowej stanowiły ryzyko oferenta. 2. Po sprawdzeniu szczegółowych badań, dokumentacji projektowej oraz oględzinach obiektu, zakres robót dodatkowych był możliwy do przewidzenia, a już na pewno należało zadać szczegółowe pytania do siwz w kwestii posadowienia niecki basenowej na etapie przygotowania oferty.” Dowód: opinia, k. 363-366.

RKO wskazała także na ustne oświadczenia składane wobec funkcjonariuszy CBA przez: Panią (...), Pana (...), Pan (...), oraz Pana (...).

Pani (...), współautorka opinii przygotowanej przez (...), która odnosząc się do treści opinii technicznej z 22 maja 2013 r. (sporządzonej przez (...)) stwierdziła, że „w uzasadnieniu zostały powielone nasze wnioski trochę w inny sposób. Osoba wykonująca opinię nie wykryła nic nowego. Dlatego można było przewidzieć, że będzie napływała woda gruntowa i, że występują tam namuły, przed pierwszymi pracami rozbiórkowymi, gdyż my o tym napisaliśmy w naszej opinii, która była wcześniej”. [Dowód: protokół, k. 360-362].

Pan (...), podał: "Nie pamiętam dokładnie kiedy otrzymałem to zlecenie [na wykonanie opinii technicznej - dopisek PKO]. Wydaje mi się, że na końcu kwietnia lub początku maja 2013 r. Zlecenie było ustne i termin zasięgu zalegania gruntów słabych. Robiłem tam odwierty do gruntu mocnego. Odwierty wykonywałem do około 4-5 metrów. Czynności wykonywałem sam. Było to ręczne wiercenie. Posiadam sprzęt, tj. wiertło ręczne z końcówkami do różnego rodzaju gruntów i innych. Wydaje mi się, że wykonanie tej opinii z badaniami trwało około 7 dni roboczych. W tym same odwierty - 4 dni. Opinia opierała się na wynikach badań geotechnicznych podłoża wykonanych przez Zakład Usług Technicznych(...) oraz dodatkowych badaniach własnych. Tak, moja opinia opierała się na tej opinii geologów, ale nie tylko. Znane mi były wnioski z tej opinii. Moim zdaniem te wnioski były bardzo ogólne. Geolodzy nie znają się na konstrukcji. W tym przypadku miała to być opinia techniczna i nie dokumentowałem badań własnych. Nie posiadam dokumentacji fotograficznej z tych badań, nie wykonywałem jej. Pamiętam, że kierownik budowy sprawdzał, gdy wykonywałem odwierty. Często byłem na miejscu budowy w trakcie jej realizacji. Miałem nadzór geotechniczny nad jej wykonaniem. Pamiętam, że były rozbierane boki basenu, a ja wyznaczyłem miejsca w których mają być wykonane odkuwki na odwierty. Nie wykonałem żadnej mapy z naniesionymi punktami, w których robiłem odwierty. Moje badania pokrywały się z badaniami wykonanymi przez (...). Przedmiotowo, czyli występowanie namulów i napływ wody gruntowej nie było niczym nowym, jednak zakres występowania w całej niecce nie był zbadany, a ja - poprzez moje badania - odpowiedziałem na to pytanie. Ponadto odkryłem drenaż odprowadzający wodę z poszczególnych pól z gruntu. Naruszenie tego drenażu mogło spowodować zalanie całego terenu. Niestety nie ująłem tego odnalezonego drenażu w opinii technicznej. Opisałem natomiast zalewającą wodę. (Na pytanie: czy nadal uważa Pan, że Inwestor i Wykonawca nie mogli przewidzieć potrzeby wykonania specjalnego wzmocnienia podłoża na podstawie zapoznania się w terenie z warunkami wykonania zamówienia i dokumentacją badań podłoża gruntowego z opinią geotechniczną wykonaną przez Zakład Usług Technicznych (...)?] Myślę, że raczej nie, gdyż były wykonane tylko trzy otwory w dnie niecki i trudno było założyć, że na całym obszarze będą takie warunki geologiczne jak w opinii (...). Widać było, że wypływa woda ze szczelin między płytami. [Na pytanie: w opracowanym przez Pana projekcie wykonawczym wzmocnienia podłoża niecki basenu kąpielowego w (...) wskazał Pan: „Załączniki: 2. Dodatkowe badania geotechniczne pod istniejącą niecką basenu wykonane przez autora opracowania mgr inż. (...). Maj 2013 r.” Gdzie znajduje się ten załącznik?] Trudno mi powiedzieć co się z nim stało. Już pamiętam, źle wskazałem te badania, niepotrzebnie ująłem je jako załącznik. Nie wykonywałem takiego

załącznika tylko opracowałem rozszerzenie badań (...). Do obliczeń przyjąłem przekroje z badań (...). Zrobiłem tak z uwagi, iż ja nie robiłem badań laboratoryjnych, a jedynie badania ustalające zakres zalegania tych słabych gruntów". Okoliczność prowadzenia badań terenowych przez Pana (...) potwierdził kierownik budowy Pan (...), który podał, że panu (...) przygotowano miejsca na wykonanie 16 otworów. Rzecznawca przez dwa dni wykonywał odwierty, a później wykonał opracowanie formalne. Była to dwustronicowa dokumentacja. Badania uszczegółowiły wnioski, że grunt jest mało nośny. [Dowód: protokół, k. 357-359; protokół, k. 347-349].

Pan (...) stwierdził, że: „analiza (1) dokumentacji mogła nasuwać uzasadnione podejrzenie, co do wymaganej nośności gruntu dla tego typu budowy. Skoro Wykonawca, przed rozpoczęciem prac budowlanych, zlecił dodatkowe badanie geotechniczne gruntu, to musiał mieć wątpliwości, co do nośności tego gruntu. Należy tu zaznaczyć, że te wątpliwości i całe badanie zlecił przed demontażem dna niecki basenu. Czyli w rzeczywistości nie wiedział, jakie grunty zalegają pod dnem niecki basenu. (...) Powinien [projektant - dopisek RKO] założyć wymianę gruntów pod całą niecką basenu i tak w projekcie zalecił. Ilość gruntu do wymiany można było odczytać z badań geotechnicznych, gdyż wiedzieli jak jest gruba warstwa namułu. W kosztorysie ofertowym skalkulowano ilość wymiany gruntu na 141. 856 m³ ." W odniesieniu do ekspertyzy (...), biegły wyjaśnił, że "przepisy prawa budowlanego określają, jak powinny być przeprowadzone badania geotechniczne gruntu oraz, jaką dokumentację powinno się sporządzić w związku z odwiertami geotechnicznymi. Jeżeli w tym przypadku nie było takiej dokumentacji, to można z dużym prawdopodobieństwem stwierdzić, że badań nie przeprowadzono." Ponadto, w ocenie pana (...)"roboty dodatkowe nie były uzasadnione i nie powinny wystąpić. Efektem finalnym było wybudowanie basenu i dlatego roboty, które wykonano, nie były odrębne od przedmiotu zamówienia." W istocie, w kosztorysie ofertowym spółki (...) zamieszczono pozycję „1.2. Betonowanie basen: Podkłady z ubitych materiałów sypkich na podłożu gruntowym pospółka wymieszana z gruzem z rozbiórki" w ilości 141.856 m³ , wartość robót: 13.686,27 zł. [Dowód: protokół, k. 343-346; kosztorys ofertowy, k. 722].

Pan (...) (projektant), w oświadczeniu podał, że: "rozwiązania projektowe z użyciem mikropali są lepsze, gdyż są bardziej stabilne. (...). Można było wykonać wymianę gruntów, ale myślę, że głównym czynnikiem był czas, który był bardzo krótki na realizację całej inwestycji". [Dowód: protokół, k. 333-336]RKO wskazała ponadto, że przed podpisaniem

aneksu z 9 sierpnia 2013 r. do umowy nr 11/2013 r. z dnia 13 maja 2013 r. (...)uzyskał opinię prawną stwierdzającą, że podpisanie aneksu jest konieczne i uprawnione. Obwiniony w pisemnych wyjaśnieniach złożonych Rzecznikowi argumentował za prawidłowością i słuszością podjętych działań. Wskazała także na pismo Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 9 września 2016 r., nr UZP/DP/O/026/470(3)/16/RS, zawierającego opinię w przedmiocie dopuszczalności udzielenia zamówienia dodatkowego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp przez Gminne Centrum Kultury w (...) spółce (...), w której stwierdzono, że: "Cechą charakterystyczną zamówień dodatkowych jest ich nieprzewidywalność w momencie udzielania zamówienia podstawowego, a następnie konieczność ich udzielenia w celu prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego, niezależnie od trybu, w jakim zamówienie podstawowe zostało udzielone. Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi zatem wynikać z okoliczności obiektywnie nieprzewidywalnych, nie zaś z zaniedbań lub braku staranności zamawiającego. Okoliczności obiektywnie nieprzewidywalne łączą się z sytuacją, w której zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania, nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług. Na takie rozumienie ww. przepisu wskazuje również orzecznictwo NSA, zgodnie z którym udzielenie zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp nie może wynikać z przyczyn leżących po stronie zamawiającego „co oznacza, że okoliczności te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem zamawiającego, a muszą stanowić konsekwencję okoliczności, które wystąpiły pomimo, że zamawiający przygotował i przeprowadził postępowania z należytą starannością” (zob. wyrok NSA z 28.02.2003 r., sygn. akt II SA 2064/01)". Podkreślono również w tej opinii, że z treści pisma Rzecznika z 22 lipca 2016 r. wynika, że przedmiotem zamówienia były roboty budowlane polegające na wykonaniu obiektu budowlanego - basenu otwartego, natomiast po zawarciu umowy z wykonawcą (rozpoczęciu robót) zamawiającemu została przedstawiona „Opinia techniczna na temat posadowienia basenu kąpielowego w (...)", na podstawie której stwierdzona została konieczność wykonania robót dodatkowych, a zamawiający udzielił wykonawcy zamówienia dodatkowego w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp. Zasadnicze znaczenie dla oceny spełnienia przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, w szczególności w zakresie spełnienia wymogu nieprzewidywalności zamówienia dodatkowego powinna mieć treść dokumentacji projektowej, w szczególności w zakresie informacji na temat istniejącego podłoża pod planowaną niecką basenu. Wymagane jest określenie, czy zamawiający, przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, przeanalizował z należytą starannością

wszelkie uwarunkowania faktyczne związane ze stanem niecki basenu. Wymóg nieprzewidywalności oznacza, że określone warunki podłoża gruntowego stanowiące o konieczności wykonania robót dodatkowych, nieprzewidzianych w pierwotnej dokumentacji projektowej/technicznej, były nieznane zamawiającemu oraz niemożliwe do poznania na etapie przygotowywania dokumentacji projektowej, a dopiero na skutek rozpoczęcia wykonywania opisanych w piśmie robót budowlanych. W przedmiotowej sprawie dla stwierdzenia powyższego faktu niezbędna jest wiedza specjalistyczna. W opinii wskazano także, że: „Analiza informacji przedstawionych w piśmie z dnia 22 lipca 2016 r., w szczególności protokołu kontroli CBA Delegatura we Wrocławiu, w tym opinii technicznej sporządzanej na zlecenie ww. organu z czerwca 2015 r. może budzić uzasadnione wątpliwości, co do zasadności zastosowania zamówienia z wolnej ręki w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, w szczególności w kontekście niemożliwości przewidzenia przedmiotowego zamówienia na etapie przygotowywania zamówienia podstawowego. Jak wynika bowiem z oświadczeń Pani (...) oraz Pana (...) (str. 12-14 protokołu kontroli określonych przepisami procedur i realizacji zamówień publicznych na zadanie dotyczące przebudowy istniejącego kąpieliska otwartego w mieście (...) udzielonych przez Gminne Centrum Kultury w (...)) opinia sporządzona przez Pana (...) zawierała takie same wnioski, co opinia sporządzona dla zamawiającego na etapie przygotowania postępowania. Wynik analizy został jedynie sformułowany w odmienny sposób. Ponadto biegły (...) wskazał (opinia sporządzona na potrzeby postępowania kontrolnego prowadzonego przez CBA), że "podłoże budowlane terenu badań jest uwarstwione i w pionie nierównomiernie ściśliwe, Konstrukcja projektowanego basenu winna być odporna na nierównomierne osiadanie podłoża. Praktycznie z tego zapisu można było wywnioskować, że basen należy posadowić na fundamentach pośrednich.". We wnioskach końcowych biegły wskazał, że "po sprawdzeniu szczegółowych badań, dokumentacji projektowej oraz oględzinach obiektu zakres robót dodatkowych był możliwy do przewidzenia, a już na pewno należało zadać szczegółowe pytania do siwz w kwestii posadowienia niecki basenowej na etapie przygotowania ofert." A zatem, z powyższych informacji wynika, że w celu prawidłowego wykonania zamówienia podstawowego zamawiający powinien przewidzieć potrzebę wykonania specjalnego wzmocnienia podłoża pod niecką basenu. Jednocześnie ze zgromadzonego materiału wypływa wniosek, że konieczność wykonania takich robót na etapie przygotowywania dokumentacji przetargowej była możliwa". Mając na uwadze powyższe, w opinii wskazano, że na podstawie analizy materiału dowodowego załączonego do pisma z 22 lipca 2016 r. istnieją podstawy do stwierdzenia, że zamawiający - Gminne Centrum Kultury w (...) w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Posadowienie niecki basenu i wzmocnienie gruntu pod niecką basenu w (...)" mógł dopuścić się naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia postępowania. Zastrzeżono jednocześnie w tej opinii, że ostateczna ocena przedmiotowej sprawy może zostać dokonana jedynie po przeprowadzeniu ewentualnego postępowania kontrolnego przewidzianego w art. 165 pzp na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego przez Urząd Zamówień Publicznych. [Dowód: opinia, k. 948-951].

Regionalna Komisja Orzekająca uznając, że zebrany w sprawie materiał dowodowy jest wiarygodny, wzajemnie komplementarny, w sposób wyczerpujący obrazuje stan faktyczny sprawy oraz jest wystarczający do wydania rozstrzygnięcia, zważyła, co następuje.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 uondfp, jeżeli w czasie orzekania w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia tego naruszenia, stosuje się ustawę nową, z tym że należy stosować ustawę obowiązującą w czasie popełnienia naruszenia, jeżeli jest ona względniejsza dla sprawcy. Regionalna Komisja Orzekająca dokonała oceny stanu prawnego sprawy, a w szczególności treści przepisów znowelizowanej ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych i uznała, że wydając orzeczenie w niniejszej sprawie należy stosować ustawę nową, gdyż ustawa obowiązująca w czasie popełnienia zarzucanego Obwinionemu naruszenia dyscypliny finansów publicznych nie była względniejsza dla sprawcy. RKO wskazała, że zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą organów orzekających w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych (np. orzeczenie Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych z 9 czerwca 2014 r. sygn. BDFI/4900/38/43-44/14/RWPD-34644) zakres regulacji art. 24 uondfp dotyczy zarówno zmiany ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jak również ustaw szczególnych zawierających przepisy prawa materialnego. Dalej podała, że według art. 10 pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu popełnienia czynu zarzucanego, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki tylko w przypadkach określonych w ustawie. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, w brzmieniu obowiązującym w dniu popełnienia czynu zarzucanego Obwinionemu: 5) w przypadku udzielania dotychczasowemu wykonawcy usług lub robót budowlanych zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym i nieprzekraczających łącznie 50% wartości realizowanego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których

wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, jeżeli: a) z przyczyn technicznych lub gospodarczych oddzielenie zamówienia dodatkowego od zamówienia podstawowego wymagałoby poniesienia niewspółmiernie wysokich kosztów lub b) wykonanie zamówienia podstawowego jest uzależnione od wykonania zamówienia dodatkowego. RKO wskazała, że zamówienia dodatkowe udzielane są dotychczasowemu wykonawcy, przy czym nie mogą być one ujęte w pierwotnej umowie o udzielenie zamówienia. Wskazała także na wyrok KIO - sygn. akt KIO 212/13, w którym stwierdzono, że "zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego nie wyklucza także możliwości udzielenia zamówień dodatkowych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, po spełnieniu przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp." Również na wyrok KIO - sygn. akt KIO 1 71/13, w którym wyjaśniono, że "w razie konieczności wykonania robot niespodziewanych, które nie zostały objęte opisem przedmiotu zamówienia, gdyż nie były przewidziane projektem, a mogą okazać się nieodzowne do wykonania, dla osiągnięcia zakładanego rezultatu umowy, w przypadku ziszczenia się wszystkich przesłanek art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, niezależnie od charakteru ustalonego wynagrodzenia, pozostając w zgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych - zamawiający ma możliwość udzielenia zamówień dodatkowych, za odpłatnością ustaloną odrębną umową, co nie pozostaje w kolizji z przepisami art. 140 ust. 3 i art. 144 ust. 1 pzp. Istotą zamówień dodatkowych, między innymi na roboty budowlane, jest ich nieprzewidywalność na etapie dokonywania opisu przedmiotu zamówienia i sporządzania oferty oraz to, że wykraczają poza przedmiot zamówienia opisany w dokumentacji. Zamówienia dodatkowe stanowią przedmiot odrębnego zamówienia w oparciu o przepis art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, a przesłanką ich dopuszczalności w wymienionym trybie jest właśnie okoliczność, iż wykonanie robót stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia. Niemożność przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia dodatkowego musi mieć charakter obiektywny. Zamawiający nie może powoływać się na ww. przesłankę w sytuacji, gdy na skutek jego zaniechań, czy też zaniedbań, powstaje konieczność rozszerzenia wykonania zakresu zamówienia innego niż pierwotnie zakładany. RKO wskazała ponadto na uchwały KIO: sygn. akt KIO/KD 84/12 oraz sygn. akt KIO/KD 58/13 podnosząc, że: „Immanentną cechą zamówienia dodatkowego jest to, że jego wykonanie jest konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, która powinna mieć charakter obiektywny i bezwzględny oraz wynikać z przyczyn zewnętrznych, niezależnych od Zamawiającego. Ma to miejsce w przypadku, gdy Zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania specyfikacji

zamówienia podstawowego nie mógł przewidzieć potrzeby wykonania pewnych usług czy robót budowlanych. Należy podkreślić, iż nie chodzi zatem o roboty nieprzewidziane na etapie zamówienia podstawowego, ale o roboty niemożliwe do przewidzenia - pomimo zachowania należytej staranności (podobnie uchwała sygn. akt KIO/KD 29/11). Istotna jest pierwotna nieprzewidywalność konieczności wykonania robót dodatkowych i niezbędność ich wykonania, by zamówienie podstawowe mogło być wykonane. Oznacza to przesłanki o charakterze obiektywnym, tj. nieprzewidywalność, i przedmiotowym - rozumianym jako ścisły związek określony jako uzależnienie zamówienia podstawowego od zamówienia dodatkowego. Uchybienie zasadom wynikającym z art. 10 ust. 2 pzp w zw. z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp było kwalifikowane (w dniu podpisania Aneksu) z art. 17 ust. 1b pkt 2 uondfp, stanowiącego, że naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących przesłanek stosowania trybów udzielenia zamówienia publicznego: negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę.

RKO podniosła, że art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp został uchylony przez art. 1 pkt 85 lit. a) tiret czwarte ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2016 r. poz. 1020) zmieniającej pzp z dniem 28 lipca 2016 r. Zgodnie natomiast z art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp, w brzmieniu obowiązującym w brzmieniu obowiązującym w dniu orzekania przez RKO: „1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności: (...) 3) zostały spełnione łącznie następujące warunki: a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należyłą starannością, nie mógł przewidzieć, b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej. Art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp nie ogranicza możliwości wprowadzenia zmian w odniesieniu do rodzaju, charakteru, przedmiotu wprowadzanych zmian, o ile wynikają one z okoliczności, których zamawiający obiektywnie - przy dołożeniu należytej staranności mierzonej wzorcem profesjonalisty, nie mógł przewidzieć. Zamawiający nie może więc wprowadzić zmian do umowy powołując się na przesłankę określoną w art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp w sytuacji, gdy okoliczności leżące u podstaw wprowadzenia zmiany są obiektywnie przewidywalne. Niemożność przewidzenia określonego zdarzenia zasadniczo ocenia się jako nikłe prawdopodobieństwo wystąpienia konkretnej sytuacji. Do tego rodzaju sytuacji zalicza się

zdarzenia, których zaistnienie w normalnym toku rzeczy było mało prawdopodobne, przy czym możliwość przewidzenia określonych sytuacji przez Zamawiającego powinna być określona w sposób obiektywny. Konieczne zatem będzie wykazanie przez Zamawiającego, że mimo zachowania należytej staranności nie można było obiektywnie przewidzieć wystąpienia wyjątkowej sytuacji, powodującej konieczność wprowadzenia zmian do umowy. Okoliczności wywołane przez samego Zamawiającego nie mogą być uznane za okoliczności nieprzewidywalne, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp, o ile nie działał z należytą starannością. Za nieprzewidywalną można uznać taką sytuację, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby mało prawdopodobne, tj. m.in. zjawiska losowe i niezależne od zamawiającego, np. klęski żywiołowe, katastrofy, awarie, niespodziewane wypadki itp. Uchybienie zasadom wynikającym z art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp, jest kwalifikowane (w dniu orzekania przez RKO) z art. 17 ust. 6 uoandfp, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych.

W ustalonym stanie prawnym RKO stwierdziła, że wadliwe udzielenie dodatkowego zamówienia: w przeszłości w trybie z wolnej ręki, a obecnie w drodze zmiany postanowień zawartej umowy, stanowiło i stanowi naruszenie obowiązujących regulacji pzp. Nowelizacja pzp spowodowała uchylenie art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp pozwalającego na udzielanie tzw. zamówień dodatkowych. Jednak nie nastąpiło ich wyeliminowanie z systemu zamówień publicznych, bowiem odpowiednik uchylonego przepisu znajduje się po nowelizacji w art. 144 ust. 1 pkt 3 pzp i pozwala na dokonanie zmiany umowy z wykonawcą w miejsce dotychczasowego zamówienia w trybie z wolnej ręki. RKO, biorąc pod uwagę opisany stan faktyczny, przepisy obowiązujące zarówno w dniu podpisania Aneksu, jak i w dniu orzekania przez RKO, a także opinię biegłego (...) i opinię Prezesa UZP, uznała, że udzielenie przez zamawiającego w dniu 9 sierpnia 2013 r. dotychczasowemu Wykonawcy dodatkowego zamówienia w trybie z wolnej ręki, skutkujące podpisaniem Aneksu do umowy nr 11/2013 z 13 maja 2013 r., stanowiło naruszenie regulacji pzp obowiązujących w dniu zdarzenia oraz obowiązujących obecnie. RKO wskazała, że: „Okoliczność występowania gruntów "nienośnych", tj. nieposiadających właściwości pozwalających na posadowienie niecki basenu oraz występowania wód gruntowych zalewających wyrobiska była znana już na etapie przygotowania zamówienia publicznego. Zebrana dokumentacja potwierdza ujawnienie tych istotnych okoliczności. Stwierdzono również zły stan dotychczasowej płyty dennej basenu, z widocznymi spękaniem elementów oraz tzw. klawiszowaniem (które jest efektem niezależnej

pracy (ugięcia) poszczególnych elementów nośnych). Projektant, świadomy istnienia tych problemów, przewidział (w projekcie budowlano-wykonawczym) rozbitcie istniejącej płyty dennej i usunięcie nienośnych warstw gruntu, co uwzględniono również w kosztorysie ofertowym spółki (...) (późniejszego Wykonawcy). Sporządzona po rozpoczęciu robót budowlanych ekspertyza przez (...) jedynie uszczegółowiła dotychczasową wiedzę o stanie gruntu. W świetle ustalonych okoliczności, przywołane w opinii wyniki badań nie wnosiły nic nowego do wiedzy o podłożu pod niecką basenu, a przez to - nie zachodziła potrzeba wykonania specjalnego wzmocnienia, a jeżeli zdecydowano się na takie rozwiązanie, to było ono możliwe to do przewidzenia. W ocenie RKO, w sprawie nie została więc spełniona przesłanka zaistnienia "sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia", ani też "okoliczności, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć", a w konsekwencji brak było podstaw do udzielenia zamówienia dodatkowego z wolnej ręki (w dniu zdarzenia) oraz do zmiany treści zawartej uprzednio umowy (w dniu orzekania przez RKO). Dokonana zmiana umowy była niezgodna również z (przygotowanymi przez Zamawiającego) zapisami siwz dopuszczającymi zmiany postanowień umowy, jeżeli zmiany te będą korzystne dla Zamawiającego lub konieczność wprowadzenia zmian będzie wynikać z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy - żadna bowiem z tych przesłanek nie wystąpiła. Ujawnione działanie Zamawiającego, jako stojące w sprzeczności z przepisami pzp, wyczerpywało w przeszłości znamiona czynu z art. 17 ust. 1b pkt 2 uońdfp, a obecnie znamiona czynu z art. 17 ust. 6 uońdfp. Wobec obszernego, dodatkowego materiału dowodowego, zebranego w toku postępowania prowadzonego przez CBA, fakt niekwestionowania działań Zamawiającego w toku uprzednio prowadzonych kontroli, weryfikujących dokumenty związane z inwestycją, pozostaje bez znaczenia". RKO, jednocześnie dodatkowo zauważyła, że (...) w niniejszej sprawie udzielenie zamówienie z wolnej ręki skutkowało (zamiast zawarcia odrębnej umowy, co formalnie byłoby zgodne z przepisami pzp, postanowieniami umowy i zapisami siwz) sporządzeniem i podpisaniem aneksu do umowy. Okoliczność ta wskazuje, że zgodnym zamiarem stron, tj. Zamawiającego i Wykonawcy było raczej skorygowanie postanowień umowy o wykonanie zamówienia podstawowego, niż zawarcie odrębnej umowy o zamówienie dodatkowe. Wniosek ten znajduje oparcie również w fakcie dokonania kompensacji wartości robót (zmniejszono wartość niektórych planowanych robót, dodano wartość nowych robót)".

RKO wskazała ponadto, że: „Odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych podlegają kierownicy jednostek sektora finansów publicznych (art. 4 ust. 1 pkt 2

uondfp). Zatem Pan (...), pełniący - w dniu popełnienia zarzucanego mu czynu - funkcję Dyrektora Gminnego Centrum Kultury w (...), jest osobą zdolną do ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Ponadto, na zasadzie art. 18 ust. 1 pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego, czyli w niniejszej sprawie wymieniony wcześniej Dyrektor Gminnego Centrum Kultury w (...). W ocenie RKO, Obwinionemu można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia dyscypliny finansów publicznych (art. 19 ust. 2 uondfp). Przejawia się ona w niedołożeniu należytej staranności wymaganej od kierownika zamawiającego w zakresie udzielenia dodatkowego zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki Wykonawcy uprzednio wyłonionemu zgodnie z przepisami pzp w trybie przetargu nieograniczonego. Stwierdzony brak polegał na udzieleniu dodatkowego zamówienia, w sytuacji gdy konieczność zmiany sposobu wykonania zamówienia, skutkująca zwiększeniem wynagrodzenia Wykonawcy o kwotę 381.981,15 zł brutto, wynikała z protokołów konieczności bazujących na wnioskach opinii przygotowanej przez (...) na zlecenie Wykonawcy. Ekspertyza ta, stanowiąca w istocie dwustronicowy dokument, odwołuje się do opracowania (...) oraz badań własnych autora, które jednak nie zostały w żaden sposób udokumentowane. Obwiniony nie podjął czynności zmierzających do zweryfikowania wniosków przedstawionych przez pana (...), mimo że było to opracowanie zlecone przez Wykonawcę, a więc podmiot, którego interes ekonomiczny był inny niż Zamawiającego. Nie zwrócił również uwagi na to, że wymieniony w dokumentacji technicznej dokument pn. „Dodatkowe badania geotechniczne pod istniejącą niecką basenu wykonane przez autora opracowania mgr inż. (...). Maj 2013 r.” w ogóle nie istniał. Nie żądał również zrealizowania umowy przez Wykonawcę zgodnie z jej postanowieniami, wskazując, że z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia dodatkowe koszty i trudności w wykonaniu umowy obciążają Wykonawcę. Zgodnie bowiem z art. 632 § 1-2 Kodeksu cywilnego: jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac; jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę. Gdyby więc Wykonawca podniósł argument "rażącej straty", to dopiero wówczas należałoby dokonać ustalenia przedmiotu, zakresu i kosztów dodatkowych robót oraz ewentualnie dokonać stosownych rozliczeń, przy czym sprawa ta należałaby do zakresu kognicji sądu powszechnego i nie byłaby kwestią podlegającą załatwieniu w ramach procedur

przewidzianych w pzp. W działaniach kierownika Zamawiającego zabrakło więc wystarczającej ostrożności wymaganej w takich sytuacjach. Wskutek działania Obwinionego uszczerbku doznała zasada wynikająca z art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych, obligująca jednostki sektora finansów publicznych do zawierania umów, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych. Naruszenie dyscypliny finansów publicznych nastąpiło w dniu podpisania aneksu do umowy nr 11/2013 (w dniu udzielenia zamówienia dodatkowego), tj. 9 sierpnia 2013 r, (art. 21 uoondfp). Stopień szkodliwości dla finansów publicznych stwierdzonego naruszenia dyscypliny finansów publicznych jest wyższy niż znikomy (art. 28 ust. 1 uoondfp), gdyż dodatkowego zamówienia publicznego udzielono uprzednio wyłonionemu Wykonawcy, pomimo braku dostatecznych podstaw do udzielenia zamówienia z wolnej ręki (w dniu zdarzenia) oraz zmiany umowy (w dniu orzekania przez RKO). Stosownie do art. 33 ust. 1 uoondfp, organ orzekający wymierza karę według swojego uznania, w granicach określonych w ustawie, uwzględniając stopień szkodliwości dla finansów publicznych naruszenia dyscypliny finansów publicznych, stopień winy, a także cele kary w zakresie społecznego oddziaływania oraz cele zapobiegawcze i dyscyplinujące, które ma osiągnąć w stosunku do ukaranego. Wymierzając karę, organ orzekający uwzględnia motywy i sposób działania, okoliczności działania lub zaniechania, jak również właściwości, warunki osobiste osoby odpowiedzialnej za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, jej doświadczenie zawodowe, sposób wywiązywania się z obowiązków służbowych oraz zachowanie po naruszeniu dyscypliny finansów publicznych (ust. 2). Rozważając kwestię sankcji za stwierdzone naruszenie dyscypliny finansów publicznych RKO uznała, że zachodzą podstawy do wymierzenia kary nagany na podstawie art. 34a uoondfp, zgodnie z którym karę nagany można wymierzyć w szczególności w przypadku naruszenia dyscypliny finansów publicznych, którego stopień szkodliwości dla finansów publicznych jest znaczny. Regionalna Komisja Orzekająca uznała za okoliczność istotnie obciążającą fakt, iż brak wystarczającej ostrożności w działaniach Obwinionego skutkowało zwiększeniem kosztów inwestycji o kwotę 381.981,15 zł brutto, podczas gdy pierwotnie wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy wynosiło 1.948.065,69 zł brutto. Ostateczna cena robót wzrosła więc o 19,60% w stosunku do ceny uzyskanej w przetargu. Decydowanie o wydatkowaniu tak dużych kwot ze środków publicznych, winno być dokonywane z najwyższą starannością. Ponadto, wartość wynagrodzenia Wykonawcy wzrosła do kwoty 2.330.046,84 zł, przekraczając pierwotną wartość szacunkową zamówienia wyliczoną na kwotę 2.306.184,64 zł. Tak istotna zmiana nie była, w ocenie RKO, uzasadniona okolicznościami, których nie można było przewidzieć, co

wyżej uzasadniono. Okoliczności takie jak: zasięgnięcie opinii prawnej w zakresie dopuszczalności podpisania aneksu do umowy, presja upływającego czasu związana z korzystaniem ze środków pochodzących z dotacji oraz korzystanie z pomocy specjalistów w zakresie planowania, projektowania i wykonania inwestycji polegającej na przebudowie kąpieliska otwartego wraz z niezbędną infrastrukturą wewnętrzną, nie zwalniają kierownika Zamawiającego z obowiązku zachowania należytej dbałości i ostrożności w zakresie gospodarowania środkami publicznymi. Podobnie, brak wykształcenia technicznego, pozwalającego na dokonanie oceny przedkładanych projektów i opinii, nie wyłącza obowiązku Obwinionego polegającego na zachowaniu ładu finansów publicznych. Wymierzona kara pozostaje adekwatna do zawinienia i spełnia funkcję dyscyplinującą w odniesieniu do Obwinionego. Kara ta spełnia również funkcję zapobiegawczą, realizując cele w zakresie prewencji generalnej i prewencji indywidualnej”. Wskazano także, że o kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do treści art. 167 ust. 1 uo ndfp, który stanowi, że każdy uznany za odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych zwraca na rzecz Skarbu Państwa koszty postępowania w wysokości 10% przeciętnego wynagrodzenia.

Odwołanie złożył Obwiniony. Wniósł o: (1) uchylenie w całości orzeczenia RKO oraz uniewinnienie od zarzutu objętego powyższym orzeczeniem, ewentualnie (2) uchylenie zaskarżonego orzeczenia w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Regionalną Komisję Orzekającą.

W uzasadnieniu podał, że w całości nie zgadza się z orzeczeniem, którym RKO uznała go za winnego naruszenia dyscypliny finansów publicznych z uwagi na podpisanie w imieniu Gminnego Centrum Kultury w (...) w dniu 9 sierpnia 2013 r. aneksu do umowy nr 11/2013 r. z dnia 13 maja 2013 r. (dalej: Aneks). Stwierdził, że przedmiotowa umowa zawarta została z wykonawcą wyłonionym w trybie przepisów ustawy o zamówieniach publicznych przetargu, (...). Przedmiotem umowy była realizacja w (...) przebudowy kąpieliska otwartego wraz z niezbędną infrastrukturą w (...), a przedmiotem Aneksu - wykonanie robót dodatkowych w postaci posadowienia niecki basenu i wzmocnienia niecki basenu. Koszt robót dodatkowych wyniósł 381.981,15 zł. Podpisując przedmiotowy Aneks działał w oparciu o art. 67 ust. 1 pkt

5 ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym od 9 sierpnia 2013 r. do 10 września 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 907). Wskazał, że odpowiedzialność można przypisać jedynie za czyn zawiniony. Zgodnie z art. 19 ust. 2 uoandfp odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć pomimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W jego ocenie w niniejszej sprawie nie można mu zarzucić naruszenia należytej staranności przy realizacji obowiązków jako zamawiającego. Przede wszystkim brak jest dowodów na niedołożenie przez niego należytej staranności w zakresie prowadzenia zamówienia publicznego w będącej przedmiotem niniejszego postępowania sprawie. Przeciwnie, jego zdaniem podjął wszystkie możliwe działania aby zrealizować zamówienie należycie, posiłkował się opiniami ekspertów, na których bazie podejmowałem decyzje. Nigdy nie podejmował działań samowolnie, wbrew opiniom specjalistów ani ich nie kwestionował. RKO, w jego ocenie, (...) błędnie ustaliła stan faktyczny sprawy, co skutkowało wywiedzeniem wniosków na jego niekorzyść. Mianowicie na str. 12 orzeczenia Komisja cytuje wypowiedź (...) - biegłego powołanego przez CBA, gdzie stwierdza: „Projektant powinien założyć wymianę gruntów pod całą niecką basenu i tak w projekcie zlecił.” Co nie jest prawdą, ponieważ w projekcie ani w przedmiarach nie ma pozycji wymiany gruntu pod całą niecką. Punkt 1.2 w kosztorysie ofertowym na który powołuje się biegły, a za nim Komisja ani nie zakłada wymiany gruntu ani nie mówi o wymianie stu czterdziestu jeden tysięcy osiemset pięćdziesięciu sześciu metrów sześciennych gruntu. Punkt ten zakłada rozkruszenie betonu starej niecki i wyrównanie tym gruzem, tj. sto czterdzieści jeden metrów sześciennych i osiemset pięćdziesiąt sześć tysięcznych metra sześciennego, co pozwala wg. przedmiaru na wyrównanie terenu na głębokość ok. 25 centymetrów, a nie jak twierdzi biegły na głębokość 4 metrów. Wymiana gruntu na głębokość, którą podaje biegły, a za nim Komisja, kosztowałaby 600.978zł brutto, wg aktualnych wyliczeń Inspektora Nadzoru z zastosowaniem cen z okresu inwestycji, a nie jak cytuje biegły, a za nim Komisja, 13.686,27 zł (do odwołania załączono szacunkową kalkulację Inspektora Nadzoru Inwestorskiego). Odwołujący wskazał, że w tej sprawie wypowiedział się też pan (...) - konstruktor, który stwierdził że wymiana gruntu była możliwa i z tym można się zgodzić. Jednak operacja taka była zbyt kosztowna i czasochłonna co udowadniam poprzez załączenie wyliczeń Inspektora Nadzoru. Wspomniany (...) cytowany na str. 14 Orzeczenia przed funkcjonariuszem CBA stwierdza, że opinia sporządzona przez (...) zawierała takie same wnioski co opinia

sporządzona na etapie przygotowania postępowania. Na tej podstawie biegły (...) wysuwa wnioski, że basen należało posadowić na fundamentach pośrednich. Nie zrozumiałe jest dla Obwinionego wyjaśnienie (...), który przecież był konstruktorem basenu — to on powinien na etapie projektu to przewidzieć — jednak zaproponował inne rozwiązania opisane w dokumentacji technicznej. Nie sygnalizował, że mogą nastąpić kłopoty związane z nienością gruntu. A później akceptuje swoim podpisem projekt zamienny. Regionalna Komisja Orzekająca na str. 18 Orzeczenia stwierdza: „Okoliczność wystąpienia gruntów „nienośnych” tj. nie posiadających właściwości na posadowienie niecki basenu oraz wód gruntowych zalewająca była znana już na etapie przygotowania zamówienia publicznego. Zebrana dokumentacja potwierdza ujawnienie tych istotnych okoliczności”, dalej Projektant świadomy istnienia tych problemów przewidział rozbicie istniejącej płyty dennej i usunięcie nienośnych warstw gruntu, co uwzględniono również w kosztorysie ofertowym spółki (...). Dalej Obwiniony wskazał, że „Całkowicie chybiona jest teza, że na sytuacja była znana na etapie przygotowania inwestycji. Z żadnych dokumentów przygotowanych przez Geologów, ani Projektantów to nie wynika. Próbuje tego dowieść dopiero biegły powołany przez CBA. Jako zamawiający o takich faktach w czasie przygotowania zamówienia, a nawet później do czasu rozpoczęcia inwestycji nie wiedziałem. Skoro opinia pana (...) nie wniosła nic nowego to dlaczego pan (...), który jako pierwszy analizował wyniki badań geologicznych nie poinformował ani Inwestora, ani Projektanta o takich zagrożeniach?”. Dalej podniósł, że jako udzielający zamówienia publicznego na czas przygotowania postępowania i jego przeprowadzenia dokonał wszystkich czynności przewidzianych prawem. Zlecił przygotowanie dokumentacji technicznej Projektantowi, który ma do tych czynności odpowiednie uprawnienia. Nie dokonał on zapisów o wymianie niestabilnego gruntu w zakresie o którym mówi opinia biegłego powołanego przez CBA, a za nim Komisja. Swoje wyliczenia oparł na badaniach geologicznych i założył w projekcie wymianę gruntu, a raczej jego wyrównanie i uporządkowanie po rozbiórce starej niecki na głębokości ok. 25cm. Co udowodnił i co wynika z dokumentacji. Błędne odczytanie cyfr z przedmiaru robót spowodowało błędnie wyciągnięte wnioski przez wspomnianego biegłego i za nim członków Komisji. Te i inne błędy w opinii biegłego powołanego przez CBA spowodowały, że nie podpisał protokołu z kontroli CBA, ponieważ z jego wnioskami się nie zgodził. Zdaniem wnoszącego odwołanie, Regionalna Komisja nie określa również jakie na tym etapie popełnił błędy skutkujące najpierw oskarżeniem o nie dopełnienie obowiązków w tym zakresie, a później udzieleniem kary nagany. Podniósł cyt.: „Czy zdaniem Regionalnej Komisji powinienem dla porównania zamówić dokumentację techniczną u projektanta? Do jakiego

momentu należy wierzyć specjalistom - w tym przypadku projektantowi, że wykonuje swoje zadania zgodnie z posiadaną wiedzą i doświadczeniem? Przecież sporządzony projekt został poddany kontroli innego projektanta o czym świadczą podpisy na dokumentacji projektowej - Projektanta i sprawdzającego”. Wskazał dalej, że na stronie 13 orzeczenia Komisja cytuje treść pisma Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 września 2016 r., w którym to Prezes pisze: „Wymagane jest określenie, czy zamawiający, przygotowując postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego przeanalizował z należytą starannością wszelkie uwarunkowania faktyczne związane ze stanem niecki basenu. Wymóg nieprzewidywalności oznacza, że określone warunki podłoża gruntowego stanowiące o konieczności wykonania robót dodatkowych, nieprzewidzianych w pierwotnej dokumentacji projektowej/technicznej, były nieznane zamawiającemu oraz niemożliwe do poznania na etapie przygotowania dokumentacji projektowej, a dopiero na skutek rozpoczęcia wykonywania opisanych w piśmie robót budowlanych. W przedmiotowej sprawie dla stwierdzenia powyższego faktu niezbędna jest wiedza specjalistyczna.”. Z punktu widzenia zamawiającego tak właśnie było, jako zamawiający nie wiedziałem i nie byłem w stanie przewidzieć jakie są warunki geologiczne pod niecką starego basenu, dlatego zasięgnąłem wiedzy specjalistycznej w postaci zatrudnienia Projektanta i geologów na etapie przygotowania dokumentacji projektowej, owa wiedza specjalistyczna nie sygnalizowała zagrożeń, to fachowcy, a nie laicy przygotowali dokumentację i wywiedli wnioski że nie wystarczy rozbić beton, skruszyć go, wyrównać na głębokości ok. 25cm i posadzić nieckę basenu. Na etapie przygotowania i ogłoszenia zamówienia nie miałem podstaw do podważenia ich decyzji.”. Jego zdaniem, dokonał wszystkich czynności aby zamówienie przygotować i przeprowadzić z należytą starannością. Inne wnioski w tym temacie pojawiły się dopiero po wybudowaniu obiektu w opinii biegłego powołanego przez CBA, a instytucjom kontrolnym na tej podstawie wyniesienie oskarżenia o błędne i niestaranne działania i ukaranie naganą zajęło, aż 4 lata. Pierwsza kontrola tego zamówienia publicznego przeprowadzona została już grudniu 2013 roku przez Regionalną Izbę Obrachunkową w Opolu. Wskazał, że cyt.: „Drugim argumentem jaki pojawia się w uzasadnieniu Komisji to taki, że zamiast kolejnej umowy podpisano aneks, w którym kompensuje się niektóre wartości robót. Dla mnie jako zamawiającego dbającego o dobro finansów publicznych jest to argument chybiony. Dzięki zastosowaniu takiej formy Gminne Centrum Kultury mogło zaoszczędzić niedużą kwotę bo 1.622,49 zł, ale uważam, że warto walczyć o każdy grosz. Wartość robót dodatkowych brutto wg protokołu konieczności nr 2 to 383.603,64 zł i taka byłaby kwota umowy, a zawarty aneks zwiększał wartość kontraktu o 381.981,15 zł. Zaznaczyć należy, że w przypadku umowy ryczałtowej przy

zmianie sposobu wykonania prac Wykonawca nie musiałby zwrócić wartości robót niewykonanych, a jednak na to się zgodził. W żadnych rozmowach zaś nie uchylał się od wykonania pominiętych W przedmiarach prac np. schodów. Ponadto za błędną należy uznać wykładnię Organu I Instancji, iż podpisany aneks jest modyfikacją umowy podstawowej, albowiem nie wzięto pod uwagę, iż nie ma znaczenia nazwa zawartego porozumienia ale rzeczywista wola stron. Wolą stron natomiast było podpisanie umowy o zamówienie dodatkowe”. Wskazał, że Rzecznik Dyscypliny, a za nim Regionalna Komisja ogranicza się w swoich zarzutach jedynie do twierdzenia (nie popartego wiarygodnymi dowodami), że z analizy zgromadzonego materiału dowodowego wynika, iż nie działał z należytą starannością, albowiem powinienem przewidzieć konieczność wykonania dodatkowych robót oraz zakres tychże robót na etapie przygotowywania zamówienia. Przy czym nie wskazano, które z jego działań było dotknięte uchybieniem w działaniu z należytą starannością. Podkreślił, że zarówno na etapie określania przedmiotu zamówienia oraz na etapie podejmowania decyzji o wykonanie zamówienia dodatkowego, posiłkował się dla pewności dwiema, a nie tylko jedną opinią techniczną (jak twierdzi Rzecznik). Wskazał na różne instytucje kontrolujące przedmiotowe zamówienie (od grudnia 2013 r) i ich różne wnioski. Wskazał również, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w 2014 r. po analizie dokumentacji odmawia wszczęcia kontroli, bo nie znajduje uchybień proceduralnych, Prezes UZP we wrześniu 2016 odnosi się jednak do sprawy pisząc w przywołanej opinii, z którą nie został zapoznany w całości: „Konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego musi zatem wynikać z okoliczności obiektywnie nieprzewidywalnych, nie zaś z zaniedbań lub braku staranności zamawiającego. Okoliczności obiektywnie nieprzewidywalne łączą się z sytuacją, w której zamawiający, przy dochowaniu należytej staranności, na etapie przygotowania lub przeprowadzenia postępowania nie mógł przewidzieć konieczności wykonania pewnych robót budowlanych czy usług”. Zdaniem wnoszącego odwołanie, Rzecznik we wniosku o ukaranie w uzasadnieniu przedstawił nierzetelną chronologię wydarzeń. Pomiął – jego zdaniem – cyt.: (...) istotny fakt, który akcentował w uwagach przedstawionych w piśmie skierowanym do Rzecznika w dniu 08.07.2016 r. Mianowicie opinie na temat posadowienia niecki były dwie. Pierwsza opinia techniczna przygotowana została przez pracownię (...) i to na jej podstawie bazował projektant, który zaproponował konkretne rozwiązania posadowienia niecki basenu. Dopiero po wyłonieniu wykonawcy i rozpoczęciu robót okazało się, że przyjęte rozwiązania nie są skuteczne. Po rozkruszeniu części niecki teren zaczęła zalewać woda. Dopiero na tym etapie zamówiona została kolejna ekspertyza sporządzona przez (...) - na podstawie której zostały przyjęte za zgodą projektanta inne rozwiązania, co

spowodowało konieczność udzielenia zamówienia dodatkowego. Stwierdzenie Komisji a raczej jej zarzut, że opinia (...) to tylko dwie strony jest krzywdząca specjalistę, który ją wykonał i zamawiającego. Czy wg Komisji ilość stron tekstu świadczy o jakości i wartości jej treści? Rzecznik w uzasadnieniu wniosku powołuje się jeszcze na opinię rzeczoznawcy powołanego przez CBA, który pisze że opinię oparł na m.in. oględzinach obiektu co jest mało prawdopodobne - nie mam takiej wiedzy, żeby ktokolwiek czy z kontrolujących z CBA czy powołany przez nich rzeczoznawca był na terenie basenu i oglądał obiekt, a tym bardziej prowadził badania gruntu". Zaznaczył, że w momencie prowadzenia kontroli obiekt już funkcjonował. Obwiniony, jako zarządzający obiektem, nie udostępniał go nikomu z kontrolujących czy działających w ich imieniu specjalistom. Wskazał, że w ocenie CBA zastosowanie zamówienia z wolnej ręki „może budzić uzasadnione wątpliwości” - co należy odczytywać, iż nie przesądza jednoznacznie o jego winie. Mianowicie powyższe jest oparte jedynie na konkluzji biegłego, według którego „po sprawdzeniu badań, dokumentacji projektowej oraz oględzinach obiektu zakres robót dodatkowych był możliwy do przewidzenia”. Przypomniał, że specjaliści, których powołał na etapie wykonywania zadania wskazali, iż powyższego nie dało się przewidzieć. Istnieją zatem rozbieżności w opiniach specjalistów, które powinny zostać rozstrzygnięte na korzyść Obwinionego. Podniósł, że „Rzecznik cytuje również opinię wspomnianego biegłego w kwestii takiej, że na podstawie zapisów umieszczonych w pierwszej opinii geologicznej można było wnioski odpowiednie do zastosowania innego sposobu posadowienia niecki. Taką możliwość miał patrząc z perspektywy czasu /prawie 4 lat/ projektant a nie zamawiający, który zlecił badanie gruntu i zaprojektowanie obiektu. Dla mnie jako zamawiającego nie mającego budowlanego określenia typu podłoże terenu badań jest uwarstwione i w pionie nierównomiernie ściśliwe” jest niezrozumiałe. Na tej podstawie nie mogę wyciągać żadnych wniosków. Dlatego zleciłem przygotowanie dokumentacji i rozwiązań technicznych profesjonalistom. Nie uważam aby celowe było angażowanie w sprawę kolejnych specjalistów celem sprawdzenia tych pierwszych. Takie działanie byłoby także niezgodne z zasadą racjonalnego wydawania środków publicznych. Po raz kolejny zaznaczam, że przygotowanie dokumentacji zleciłem osobie z odpowiednimi uprawnieniami - uprawnienia do projektowania obiektów - a nie osobie która o tego typu pracach nie ma pojęcia. Nie sposób także zgodzić się z kolejnym zarzutem kierowanym w moją stronę w uzasadnieniu wniosku Rzecznika. Cytuje on bowiem kolejny raz opinię biegłego powołanego przez CBA, który stwierdza że: „na pewno należało zadać szczegółowe pytania do SIWZ w kwestii posadowienia niecki basenowej na etapie przygotowania ofert. Trudno uznać powyższe, albowiem swoje oferty złożyło dwóch

wykonawców i żaden nie zadał pytania o posadowienie niecki, nikt z potencjalnych wykonawców, którzy byli na miejscu inwestycji przed złożeniem ofert nie zakwestionował przyjętych rozwiązań. Ponadto takich rozwiązań nigdy nie kwestionowali zaangażowani przeze mnie specjaliści”. Reasumując, w ocenie Obwinionego, w niniejszym przypadku zaistniały przesłanki zastosowania kwestionowanej procedury, albowiem wystąpiła sytuacja, której zamawiający nie był w stanie przewidzieć oraz wykonanie zamówienia dodatkowego warunkowało prawidłowe wykonanie zamówienia podstawowego. Jego zdaniem, dopełnił wszelkich starań, żeby dobrze przygotować inwestycję, powołał w tym celu zespół specjalistów, którzy mieli czuwać nad prawidłowością przeprowadzenia inwestycji: Inspektora Nadzoru, Projektanta, który sprawował nadzór autorski oraz kierownika budowy. Wszystkie te osoby mają odpowiednią wiedzę oraz doświadczenie poparte stosownymi uprawnieniami. Ponadto w kwestii przeprowadzenia zamówienia dodatkowego nie zgłaszają zastrzeżeń pracownicy Urzędu Miejskiego odpowiadający za nadzór nad inwestycją i zamówieniami publicznymi. Jako dyrektor Gminnego Centrum Kultury skierował zapytanie w tej sprawie i prośbę o wydanie opinii prawnej do niezależnej Kancelarii Prawnej. Dalej podał, że Komisja ocenia jego postępowanie na moment przeprowadzenia kontroli CBA, a dokładniej wydania opinii rzeczoznawcy powołanego przez CBA, który w jego opinii niestaranie przygotował się do wydania opinii. Dlatego odmówił podpisania protokołu z tej kontroli o czym powiadomił Szefa CBA. Komisja zarzucając mu nienależytą staranność w przygotowaniu zamówienia publicznego czego skutkiem było podpisanie Aneksu do umowy powinna oceniać stan sprawy i jego działania na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania przetargowego, a nie na czas prowadzenia kontroli po prawie trzech latach od realizacji inwestycji. Co potwierdza Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, cytowany na stronie 13 orzeczenia. Jego zdaniem, Regionalna Komisja nie wskazuje również jak powinien zachować się na etapie przygotowania i przeprowadzenia przetargu aby uniknąć sytuacji do której doszło. Zwrócił uwagę, że jako dyrektor Gminnego Centrum Kultury nie ma uprawnień budowlanych ani żadnych podstaw, aby podważać decyzje specjalistów w dziedzinie budownictwa, a tym bardziej geologów czy geotechników, których zdanie w tym przypadku było jednoznaczne i potwierdzone odpowiednimi dokumentami, tj. opinią techniczną pana (...) oraz protokołami konieczności. W niniejszej sprawie istotna była także okoliczność, iż zadanie realizowane było w ramach dotacji celowej, a umowa określała, iż zadanie należy wykonać i rozliczyć inwestycję do końca 2013 r., ponadto umowa z wykonawcą przewidywała kary za zerwanie umowy. Gminne Centrum Kultury nie dysponuje takimi środkami własnymi by móc płacić odszkodowania czy kary umowne w takich kwotach.

Ponadto inwestycja i oba zamówienia były analizowane i kontrolowane przez takie instytucje jak Regionalna Izba Obrachunkowa w Opolu oraz Urząd Marszałkowski Województwa Opolskiego i żadna z tych instytucji nie miała uwag co do przeprowadzenia tych zamówień publicznych w takiej formie. Świadczy to o tym, że były one udzielone w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami. Podkreślił, że basen doskonale i bezawaryjnie funkcjonuje, co przemawia za słuszością podjętych w niniejszej sprawie decyzji, Przeprowadzenie procedury zamówienia dodatkowego było także rozwiązaniem gwarantującym oszczędność środków publicznych oraz terminowość inwestycji. Odstąpienie od inwestycji powodowało roszczenia odszkodowawcze, a wykonawcy przygotowując oferty z uwzględnieniem wiedzy o pierwotnym przetargu, przedstawiają oferty zwykle droższe. Za wykonane roboty zawsze należne jest wynagrodzenie, Bez wątpliwości sąd zasądziłby wynagrodzenie, a zamawiający zobowiązany byłby pokryć koszty procesu. Przy uwzględnieniu tempa rozpoznawania spraw proces toczyłby się obecnie, a basen nie byłby czynny. W związku z powyższym zamówienie zostało przeprowadzone prawidłowo, a zarzucane mu uchybienia i ukaranie karą nagany nie mają pokrycia w stanie faktycznym oraz nie zostały mu udowodnione. Wszelkie wątpliwości powinny zostać rozstrzygnięte na jego korzyść, czego Organ I instancji nie zastosował. Wskazał na rażącą – jego zdaniem - niewspółmierność wymierzonej mu kary oraz nieuwzględnienie szeregu okoliczności łagodzących w niniejszej sprawie. Mianowicie, Regionalna Komisja wymierzając mu karę nagany nie wzięła pod uwagę jego dotychczasowej działalności, albowiem na dzień ukarania był dyrektorem Gminnego Centrum Kultury w (...) od 11 lat i w całym tym okresie nie został ukarany za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, a wręcz odwrotnie prawie co roku był nagradzany przez przełożonych za nienaganną pracę. W tej sprawie uważa, że dopełnił wszystkich obowiązków i ukaranie go nie spowoduje, jak pisze Regionalna Komisja że: „Kara spełnia funkcję zapobiegawczą, realizując cele w zakresie prewencji generalnej i prewencji indywidualnej (...), a wręcz odwrotnie ukaranie na początku jego kariery samorządowej jako kierownika jednostki samorządu terytorialnego bez jednoznacznego udowodnienia mu winy spowoduje (...) działania bieżącego zarządzania jednostką, a nie rozwijania jej działalności i pozyskiwania środków zewnętrznych”. Reasumując, w jego ocenie, brak jest przesłanek do przypisania mu odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, gdyż naruszenie nie miało miejsca, a orzeczenie Organu I instancji oparte zostało o nieudowodnione i nie mające pokrycia w okolicznościach sprawy twierdzenia.

Rozpatrując odwołanie Główna Komisja Orzekająca zważyła, co następuje.

Zaskarżone orzeczenie RKO, jako wadliwe, powinno być uchylone w całości, a sprawa powinna być przekazana do ponownego rozpoznania z uwagi na okoliczności wskazane poniżej.

GKO uwzględniając regułę z art. 24 ust. 1 uodfp stwierdziła, że RKO dokonała nieprawidłowych ustaleń, co do strony prawnej w zakresie kwalifikacji zarzucanego Obwinionemu czynu na gruncie zmienionych przepisów ustawy Pzp. Organ orzekający w I instancji de facto nie dokonał analizy artykułu 144 ustawy Pzp w jego nowym brzmieniu, w szczególności w kontekście jego ust. 1, ale oparł się na podstawach prawnych wskazanych wadliwie przez Rzecznika we wniosku o ukaranie.

GKO przede wszystkim zwraca uwagę, że w art. 144 ust.1 ustawy Pzp po jego nowelizacji ustawą z 22 czerwca 2016 r. dokonano rozszerzenia katalogu dopuszczalnych zmian umowy. W świetle nowego brzmienia art. 144 ustawy Pzp:

„1. Zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

- 1) zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian;*
- 2) zmiany dotyczą realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, o ile stały się niezbędne i zostały spełnione łącznie następujące warunki:*
 - a) zmiana wykonawcy nie może zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,*
 - b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,*
 - c) wartość każdej kolejnej zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;*

Sygn. akt BDF1.4800.47.2017

3) zostały spełnione łącznie następujące warunki:

a) konieczność zmiany umowy lub umowy ramowej spowodowana jest okolicznościami, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł przewidzieć,

b) wartość zmiany nie przekracza 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej;

4) wykonawcę, któremu zamawiający udzielił zamówienia, ma zastąpić nowy wykonawca:

a) na podstawie postanowień umownych, o których mowa w pkt 1,

b) w wyniku połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz nie pociąga to za sobą innych istotnych zmian umowy,

c) w wyniku przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców;

5) zmiany, niezależnie od ich wartości, nie są istotne w rozumieniu ust. 1e;

6) łączna wartość zmian jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 i jest mniejsza od 10% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie w przypadku zamówień na usługi lub dostawy albo, w przypadku zamówień na roboty budowlane - jest mniejsza od 15% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie.

1a. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz pkt 4 lit. b, zamawiający nie może wprowadzać kolejnych zmian umowy lub umowy ramowej w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

1b. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 3 i 6, zmiany postanowień umownych nie mogą prowadzić do zmiany charakteru umowy lub umowy ramowej.

1c. W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, zamawiający, po dokonaniu zmiany umowy, zamieszcza w Biuletynie Zamówień Publicznych lub przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie o zmianie umowy.

1d. Jeżeli umowa zawiera postanowienia przewidujące możliwość zmiany wynagrodzenia należnego wykonawcy z powodu okoliczności innych niż zmiana zakresu świadczenia wykonawcy, dopuszczalną wartość zmiany umowy, o której mowa w ust. 1 pkt 2 lit. c, pkt 3 lit. b i pkt 6, ustala się w oparciu o wartość zamówienia określoną pierwotnie, z uwzględnieniem zmian wynikających z tych postanowień.

1e. Zmianę postanowień zawartych w umowie lub umowie ramowej uznaje się za istotną, jeżeli:

- 1) zmienia ogólny charakter umowy lub umowy ramowej, w stosunku do charakteru umowy lub umowy ramowej w pierwotnym brzmieniu;*
- 2) nie zmienia ogólnego charakteru umowy lub umowy ramowej i zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:*
 - a) zmiana wprowadza warunki, które, gdyby były postawione w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to w tym postępowaniu wzięliby lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęto by oferty innej treści,*
 - b) zmiana narusza równowagę ekonomiczną umowy lub umowy ramowej na korzyść wykonawcy w sposób nieprzewidziany pierwotnie w umowie lub umowie ramowej,*
 - c) zmiana znacznie rozszerza lub zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy lub umowy ramowej,*
 - d) polega na zastąpieniu wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, w przypadkach innych niż wymienione w ust. 1 pkt 4.*

2. Postanowienie umowne zmienione z naruszeniem ust. 1-1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu. Na miejsce unieważnionych postanowień umowy lub umowy ramowej wchodzi postanowienia umowne w pierwotnym brzmieniu.

3. Jeżeli zamawiający zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia, które wykraczają poza zmiany umowy lub umowy ramowej dopuszczalne zgodnie z ust. 1-1b, 1d i 1e obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia”.

RKO, w ocenie GKO bez żadnego uzasadnienia pominęła - w stanie faktycznym sprawy - przepis ust. 1 pkt 2 tego artykułu, który wobec jego literalnych zwrotów (...) zmiany dotyczą

realizacji dodatkowych dostaw, usług lub robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym (...) powinien być w pierwszej kolejności poddany analizie z uwagi na udzielenie przez Obwinionego zamówienia dodatkowego na nieobowiązującej w dacie orzekania podstawie prawnej. Na powyższe wskazuje także stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych zamieszczone na jego stronie internetowej [Zamówienia dodatkowe i zamówienia uzupełniające w przepisach przejściowych] zgodnie z którym od dnia 28 lipca 2016 r., nie jest możliwe udzielanie zamówień dodatkowych w formie odrębnego zamówienia z wolnej ręki (dawny art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), jednakże cyt.: „Podobna do uchylonego ustawą nowelizującą przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp treść normatywna znalazła się w nowym przepisie – art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy, a zatem w części dotyczącej zmian umowy”.

GKO miała na uwadze dyspozycję art. 131 uondfp z uwagi na odesłanie w art. 149 tej ustawy. W myśl ust. 1 pierwszego z przepisów: „Jeżeli w toku rozprawy okaże się, że - nie przekraczając granic wniosku o ukaranie - można naruszenie dyscypliny finansów publicznych zarzucone obwinionemu zakwalifikować według innego naruszonego przepisu prawa lub innego przepisu ustawy określającego to naruszenie, przewodniczący składu orzekającego informuje o tym obecne na rozprawie strony”. Z kolei w myśl drugiego - (art.149 uondfp) - „W zakresie nieuregulowanym w niniejszym rozdziale do postępowania przed Główną Komisją Orzekającą stosuje się odpowiednio przepisy o postępowaniu przed komisją orzekającą”. W niniejszej sprawie konieczność zmiany kwalifikacji wynika z nieprawidłowo dokonanej przez Rzecznika subsumpcji, która następnie została powielona przez RKO. Oczywiście zmiana kwalifikacji nie musi być korzystna dla obwinionego, albowiem w obowiązującym modelu postępowania odwoławczego organ orzekający nie może uniewinnić obwinionego od dokonania zarzucanego mu czynu, dopóki nie ustali, nie wychodząc poza granice wniosku o ukaranie, że czynu nie można zakwalifikować z innego przepisu, niż to uczynił Rzecznik.

Zdaniem GKO ze względu na ww. uchybienie, merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy na etapie postępowania odwoławczego naruszałoby zasadę instancyjności postępowania wyrażoną w art. 72 ust. 1 uondfp. Zasada dwuinstancyjności postępowania w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, o których stanowi art. 72 uondfp służy przede wszystkim ochronie prawnej obwinionego w postępowaniu i oznacza m. in. prawo do oceny materiału

dowodowego przez komisje orzekające w dwu instancjach.

RKO zgromadzony materiał dowody w miejsce przesłanek z punktu 2 lit. a) –c) art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oceniała w kontekście przesłanek z pkt 3 lit. a) –b) tego przepisu, które to przesłanki w niniejszej sprawie, jak wskazała GKO nie miały zastosowania.

GKO nie podzieliła stanowiska Zastępcy Głównego Rzecznika, który opierając się na tej wadliwej przesłance poparł odwołanie podnosząc, że w sytuacji kiedy osoba, która nie posiada wiedzy specjalistycznej w zakresie geologii, budownictwa przed udzieleniem zamówienia zasięga opinii, to wydaje się że można mówić, że należytej staranności dochowano.

Tym samym konieczne było przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w pierwszej instancji, aby zapewnić stronom możliwość instancyjnej kontroli zasadności wydanego rozstrzygnięcia we wskazanym zakresie. Ponownie rozpoznając sprawę - w granicach zarzutów objętych wnioskiem o ukaranie - Komisja Orzekająca I instancji zobowiązana będzie dokonać oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie lub uzyskanego dodatkowo, z uwzględnieniem tych przesłanek o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a mianowicie:

Czy dotyczą realizacji dodatkowych robót budowlanych od dotychczasowego wykonawcy, nieobjętych zamówieniem podstawowym, które stały się niezbędne i zostały spełnione wymienione przepisem warunki:

a) zmiana wykonawcy nie mogła zostać dokonana z powodów ekonomicznych lub technicznych, w szczególności dotyczących zamienności lub interoperacyjności sprzętu, usług lub instalacji, zamówionych w ramach zamówienia podstawowego,

b) zmiana wykonawcy spowodowałaby istotną niedogodność lub znaczne zwiększenie kosztów dla zamawiającego,

c) wartość zmiany nie przekraczała 50% wartości zamówienia określonej pierwotnie w umowie lub umowie ramowej.

Główna Komisja zwraca jednocześnie uwagę, na wyrażone w opinii UZP stanowisko, że (...) w stosunku do możliwości udzielenia zamówień dodatkowych odpadła konieczność wykazania przesłanki "niemożliwości przewidzenia" konieczności udzielenia zamówienia

dodatkowego, co zdecydowanie uelastycznia realizację umów zawieranych w sprawie zamówienia publicznego”.

Dopiero poczynienie powyższych ustaleń może stać się podstawą do dalszych rozważań odnośnie naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonego w art. 17 ust. 6 uondfp, w związku ze zmianą umowy w sprawie zamówienia publicznego, na skutek podpisania w dniu 9 sierpnia 2013 r. Aneksu do Umowy nr 11/2013 zawartej w dniu 13 maja 2013 r. na realizację zadania „Przebudowa kąpieliska otwartego wraz z niezbędną infrastrukturą wewnętrzną” w zakresie związanym z wykonaniem robót dodatkowych w postaci posadowienia niecki basenu i wzmocnienia niecki basenu w (...), skutkującym podwyższeniem wynagrodzenia wykonawcy o kwotę 381.981,15 zł.

Reasumując GKO wskazuje na art. 150 uondfp. W myśl ust.1 tego przepisu: „Komisja orzekająca, której została przekazana sprawa do ponownego rozpoznania, orzeka w granicach, w jakich nastąpiło przekazanie (...), a w myśl jego ust.2: „Wskazania Głównej Komisji Orzekającej co do dalszego postępowania są wiążące dla komisji orzekającej, której sprawę przekazano”.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji.